

**WYROK**

**z dnia 11 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Dawid Wypych**

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 9 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu (pełnomocnik wykonawców) i SGS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa.**

przy udziale wykonawcy **Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88, 03-215 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu (pełnomocnik wykonawców) i SGS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
  - a/ zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu (pełnomocnik wykonawców) i SGS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

b/ zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu (pełnomocnik wykonawców) i SGS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad**, **kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) jako zwrot poniesionych kosztów postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie w imieniu, którego postępowanie prowadzi: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: Budowa drogi S7 Gdańsk (A-1) - Elbląg (S-22) odc. Koszwały (DK nr 7. w Koszwały) - Elbląg (z węzłem Kazimierzowo)

Odwołujący: Konsorcjum firm: ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu, Zelinkagasse 10,1010 Wiedeń SGS Polska Sp. z o.o. ul. Bema 83, 00-233 Warszawa Adres do doręczeń RONDO ONZ 1, 00-124 Warszawa

wniósł Odwołanie na czynności Zamawiającego obejmujące:

1. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A.;
2. zatrzymanie wadium wykonawcy konsorcjum firm ECMG GmbH oraz SGS Polska Sp. z o.o., dalej „Wykonawca” lub „Odwołujący”.

Powyższym czynnościom zarzuca naruszenie:

1. art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, iż Wykonawca uchyla się od zawarcia umowy i w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, tj. oferty Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A.;
2. art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż w spełnione zostały przesłanki do zatrzymania wadium;
3. art. 5 KC poprzez uniemożliwienie Wykonawcy złożenia gwarancji należytego wykonania umowy i tym samym zawarcie umowy, a następnie wyciąganie negatywnych\* konsekwencji z tego tytułu polegających na zatrzymaniu wadium i nie zawarciu umowy z Odwołującym.
4. a w ich wyniku naruszenie art. 7 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

W związku z powyższym wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A.;
2. unieważnienie czynności zatrzymania wadium Wykonawcy.

Jednocześnie wnosi o dopuszczenie do rozpoznania przez KIO dowodów przedstawionych na rozprawie w zakresie okoliczności wskazanych w odwołaniu i zarzutów w nim stawianych.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, co może prowadzić do powstania po stronie Odwołującego szkody, w przypadku utrzymania decyzji Zamawiającego w mocy. Prawidłowa ocena sytuacji przez Zamawiającego prowadziłaby do zawarcia umowy między Zamawiającym a Wykonawcą, a nie do wyboru oferty Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A., a w konsekwencji również do zatrzymania wadium.

W dniu 17.08.2015 r., Odwołujący otrzymał informację drogą faksu (e-maila) o zatrzymaniu wadium Odwołującego, natomiast w dniu 19.08.2015 r. Odwołujący otrzymał drogą faksu (e-mail) informację o wyborze oferty Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. W ocenie Odwołującego czynności te zostały dokonane z naruszeniem przepisów.

#### I. STAN FAKTYCZNY

Odwołujący złożył swoją ofertę na Zadanie 1: Koszwały - Nowy Dwór Gdański, nr postępowania GDDKiA-0/GD- ZP/61/1-4/2014). Celem zabezpieczenia oferty wymaganym wadium Odwołujący złożył zgodnie z treścią siwz, Gwarancję wadialną nr 720/2015/FIN, dalej „Gwarancja”, aneksowaną następnie w zakresie terminu ważności Gwarancji Aneksem nr 1 do Gwarancji wadialnej nr 720/2015/FIN z dnia 28.07.2015 r.

Dowód: Gwarancja wadialna nr 720/2015/FIN wraz z Aneksem nr 1.

Zamawiający w dniu 31.03.2015 r. poinformował Odwołującego o wyborze jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Na wybór oferty Odwołującego zostało wniesione odwołanie, które zostało rozstrzygnięte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.04.2015 r. Odwołanie zostało oddalone.

Dowód: Wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2015 r., sygn. akt 730/15.

Następnie na wyrok KIO została złożona Skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie, odrzucona przez Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 15 lipca 2015 r. Postanowienie zostało doręczone Odwołującemu w dniu 12.08.2015 r.

Dowód: Postanowienie Sądu Okręgowego z dnia 15 lipca 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 937/15

Dowód otrzymania Postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 15 lipca 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 937/15

Przedłużająca się procedura wyboru wykonawcy oraz brak pewności, co do ostatecznego rozstrzygnięcia, spowodowały, że informacja o planowanym terminie zawarcia umowy, została przez Zamawiającego przekazana dopiero pismem z dnia 29.07.2015 r., w którym Zamawiający wskazał, iż potencjalny planowany termin zawarcia umowy to 19.08.2015 r. oraz wezwał do potwierdzenia potencjału kadrowego - osób zdolnych do wykonania zamówienia do dnia 12.08.2015 r.

Dowód: Pismo GDDKiA z dnia 29 lipca 2015 r.

Powołując się na utrudnienia związane z okresem urlopowym oraz przedłużającą się procedurą przetargową Odwołujący wniósł o przesunięcie terminu dotyczącego potwierdzenia potencjału kadrowego na dzień 17.08.2015 r.

Dowód: Pismo ECMG GmbH z dnia 10.08.2015 r.

W dniu 11.08.2015 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego zaproszenie do zawarcia umowy na dzień 17.08.2015 r. oraz pismo z informacją, iż ostateczny termin na mobilizację personelu zostaje wyznaczony na dzień 13.08.2015 r.

Dowód: Zaproszenie do podpisania umowy z dnia 11.08.2015 r. Pismo GDDKiA z dnia 11.08.2015 r.

Pismem z dnia 12.08.2015 r. Zamawiający zwrócił się również o przedłożenie umowy Konsorcjum.

W odpowiedzi, pismem z dnia 12.08.2015 r. Odwołujący poinformował, iż w tak krótkim czasie nie ma możliwości przedłożenia Gwarancji należytego wykonania umowy (projekt dokumentu był w toku uzgodnień między Zamawiającym a Korporacją Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych S.A. (dalej „KUKKE S.A.” o czym niżej), jak również zawartej umowy konsorcjum (z uwagi na okres wakacyjny), w związku, z czym zwrócił się o wyznaczenie terminu zawarcia umowy na dzień 21.08.2015 r.

Dowód: Pismo ECMG GmbH z dnia 12.08.2015 r.

Spełniając oczekiwania Zamawiającego, w dniu 13.08.2015 r. Odwołujący wskazał personel skierowany do realizacji zamówienia oraz wskazał lokalizację biura.

Dowód: Pismo ECMG GmbH z dnia 13.08.2015 r.

Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę terminu zawarcia umowy z 17.08.2015 r. na 21.08.2015 r., powołując się na fakt, iż wybór Odwołującego nastąpił 31.03.2015 r., w związku z czym Odwołujący powinien być przygotowany na zawarcie umowy.

Dowód: Pismo GDDKiA z dnia 14.08.2015 r.

W odpowiedzi Odwołujący wskazał, iż nie ma możliwości przedstawić gwarancji należytego wykonania umowy, gdyż projekt tego dokumentu nie został ostatecznie zaakceptowany przez Zamawiającego, ani też nie zostały wniesione dalsze uwagi. Odwołujący wskazał jednocześnie, iż jest gotowy do zawarcia umowy po akceptacji projektu gwarancji.

Dowód: Pismo ECMG GmbH z dnia 14.08.2015 r.

Z uwagi na brak akceptacji projektu gwarancji należytego wykonania umowy aż do dnia 17.08.2015 r. Odwołujący nie mógł złożyć takiego dokumentu i nie stawił się w wyznaczonym terminie na zawarcie umowy. O powyższym poinformował Zamawiającego pismem z dnia 17.08.2015 r., ponownie wnioskując o zmianę terminu i akceptację zapisów gwarancji należytego wykonania umowy. Pismem z dnia 17.08.2015 r. Odwołujący przekazał również umowę konsorcjum.

Zamawiający nie przychylił się do powyższego i poinformował pismem z dnia 17.08.2015 r. o zatrzymaniu wadium, z uwagi na fakt, iż w ocenie Zamawiającego zawarcie umowy w sprawie zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

Dowód:

Pisma ECMG GmbH z dnia 17.08.2015 r., Pismo GDDKiA z dnia 17.08.2015 r.

W odpowiedzi, pismem z dnia 18.08.2015 r. Odwołujący ponownie przedstawił swoje stanowisko, wskazując iż wyraża wolę zawarcia umowy chociażby w dniu następnym, przy czym wzywa do zaakceptowania treści gwarancji należytego wykonania bądź też wskazuje, iż posłuży się dokumentem przedłożonym do akceptacji.

Dowód: Pismo ECMG GmbH z dnia 18.08.2015 r.

Pismem z dnia 19.08.2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze na podstawie art. 94 ust. 4 Ustawy Pzp oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny.

Dowód: Pismo GDDKiA z dnia 19.08.2015

Odnosząc się natomiast do kwestii procedowania Gwarancji, należy wskazać, iż propozycja dokumentu została przesłana do Zamawiającego w dniu 22.04.2015 r. Do treści Gwarancji zostały zgłoszone uwagi przez Zamawiającego, które następnie zostały wprowadzone przez Gwaranta - „KUKA S.A. Gwarancja przekazana do zatwierdzenia 14.08.2015 r. spełniała wszystkie wymagania SIWZ i wymagania Zamawiającego zgłoszone do dokumentu Gwarancji.

Dowód: Proponowana treść Gwarancji z dnia 22.04.2015 r.

Treść Gwarancji przekazana do zatwierdzenia 14.08.2015 r.

## II STAN PRAWNY

Zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1.

W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący nie tylko nie ponosił winy za nie zawarcie umowy, ale to działanie Obowiązanego świadczy o faktycznym uchyleniu się od zawarcia umowy, poprzez postawienie warunków zawarcia umowy niemożliwych do spełnienia, przejawiających się w szczególności w braku akceptacji dla przedkładanych warunków Gwarancji należytego wykonania umowy oraz wyznaczeniu terminu zawarcia umowy, który wobec braku akceptacji treści Gwarancji nie był możliwy do spełnienia. Odwołujący swoim działaniem od momentu wyboru potwierdzał wolę zawarcia umowy i podejmował działania

celem jej zawarcia. Przejawiło się to w aktywnym uczestnictwie w postępowaniu odwoławczym przed KIO, a następnie na etapie skargi do Sądu Okręgowego, jak również poprzez uzgadnianie treści Gwarancji, mobilizację personelu oraz dostarczenie umowy konsorcjum. Należy podkreślić, że Odwołujący wykonał wszystkie czynności, związane z przygotowaniem do zawarcia umowy, które były od niego zależne - nie miał natomiast obiektywnej możliwości przedłożenia Gwarancji, która nie została na dzień wyznaczony, jako data zawarcia umowy, zaakceptowana przez Zamawiającego. Należy natomiast podkreślić, iż projekt takiej Gwarancji, z uwzględnieniem wszystkich poprawek zgłoszonych przez Obowiązanego został dostarczony przez Odwołującego w dniu 14.08.2015 r. Akceptacja treści Gwarancji, a nawet zgłoszenie jeszcze uwag w tym czasie umożliwiłoby Odwołującemu pozyskanie odpowiedniego dokumentu i tym samym zawarcie umowy.

Nie zawarcie umowy wynika zatem nie z winy Odwołującego, ale z winy Zamawiającego. Należy przy tym mieć na uwadze, iż nie dokonując akceptacji projektu Gwarancji jednocześnie wyznaczając termin zawarcia umowy, każdy zamawiający miałby możliwość w prosty sposób uchylić się od zawarcia umowy z wykonawcą, wykazując dodatkowo, iż niezawarcie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Takie działanie w sposób oczywisty stanowi nadużycie prawa, o którym mowa w art. 5 KC, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie Odwołującego nie może być uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jedną z podstaw stosowania konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego jest podjęcie przez podmiot prawa działań wewnętrznie sprzecznych, godzących w zaufanie wywołane u innych uczestników obrotu - naruszające tym samym ogólnosystemową regułę *venire contra factum proprium nemini licet*. (I CSK 19/14).

Zamawiający nie zasadnie podnosi w pismach kierowanych do Odwołującego, iż gotowość do zawarcia umowy powinna wynikać z faktu, iż wybór oferty Odwołującego nastąpił 31.03.2015 r. - po wyborze bowiem toczyło się najpierw postępowanie przed KIO, a następnie przed Sądem Okręgowym, które stwarzało stan niepewności, co do ostatecznego rozstrzygnięcia przetargu. Jak wynika to z przedłożonej korespondencji, uzgodnienia dotyczące treści Gwarancji prowadzone były już od 22.04.2015 r. tj. po pozytywnym rozstrzygnięciu Odwołania przed KIO.

Należy przy tym również wskazać, iż nie sposób uznać, iż w zaistniałym stanie faktycznym, Odwołujący w jakikolwiek sposób uchylał się od zawarcia umowy, co dawałoby Obowiązanemu możliwość wyboru wykonawcy na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp. Włodzimierz Dzierżanowski w komentarzu do art. 94 ustawy - Prawo zamówień publicznych wskazuje: „Uchylenie się” nie jest tym samym, co każda odmowa zawarcia umowy. Odmowa jest

każdym oświadczeniem woli wyrażającym brak zgody. Będzie, więc miała miejsce również tam, gdzie wybrany wykonawca odmówi podpisania umowy, wskazując na występowanie przesłanek do jej unieważnienia. Natomiast uchylanie według poglądów SN powstających na gruncie art. 390 § 1 KC, posługującego się pojęciem uchylania się od zawarcia umowy przyrzeczonej po zawarciu umowy przedwstępnej sprzedaży, to: „Tylko bezpodstawną odmowa zawarcia umowy przyrzeczonej. Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego nie zawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem”. W wyroku z dnia 26 września 2001 r., sygn. akt IV CKN 461/00, OSNC rok 2002, nr 6, poz. 80, SN uznał brak uchylania się, w sytuacji, gdy niewykonanie zobowiązania zawarcia umowy przyrzeczonej w określonym terminie nastąpiło na skutek konieczności dopełnienia przez jedną ze stron formalności umożliwiających zawarcie umowy definitywnej, Piotr Kunicki, Zam.Pub.Dor. rok 2008, nr 3, poz. 12, Konsekwencje uchylania się wykonawcy od zawarcia umowy. Nie każde zachowanie wykonawcy powodujące brak natychmiastowego podpisania umowy może być utożsamiane z uchylaniem się od podpisania umowy. Za uchylanie się od podpisania umowy nie powinno być uznane np. niestawiennictwo pracownika wykonawcy w siedzibie zamawiającego w celu podpisania umowy (...), czy też zaproponowanie zmiany treści umowy (zgodnej z ZamPublU) koniecznej z uwagi na zmianę warunków wykonywania zamówienia. Uchylanie się od podpisania umowy powinno przejawiać się wyraźną odmową zawarcia umowy przez wykonawcę. Zamawiający powinien dochować należytej staranności przy wzywaniu wykonawcy do zawarcia umowy."

Podobnie wyrok KIO sygn.. akt 14/13, Izba stwierdziła, iż „Za uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia przez wykonawcę, który złożył zamawiającemu oświadczenie woli wyrażające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego do podpisania umowy - wprost lub przez zachowanie ujawniające jego wolę w sposób wystarczający."

Przeszkodą do zawarcia umowy nie był również upływ terminu związania ofertą - jak wskazuje KIO np. w wyroku sygn. akt 1804/12 „Dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jeśli chęć jej podpisania wyraża wykonawca, którego - oferta została uznana w postępowaniu za najkorzystniejszą".

Działanie Zamawiającego, który z jednej strony wzywa do zawarcia umowy w terminie 6 dni (!), z drugiej zaś odmawia akceptacji przedstawianych projektów zabezpieczenia, doprowadziło do sytuacji, w której Odwołujący, mimo najlepszej woli nie miał możliwości złożyć wymaganego zabezpieczenia i zawrzeć umowy. O złej woli Zamawiającego świadczy

również fakt, iż nie zgodził się na przedłużenie terminu zawarcia umowy nawet o 5 dni, które zważywszy na długość procedury wyboru wykonawcy, nie miały żadnego znaczenia dla wykonania umowy. Zamawiający jedynie pozornie wyrażał wolę zawarcia umowy, a faktycznie jego działania świadczą o tym, że chciał wyeliminować Odwołującego z postępowania i zawrzeć umowę z drugim w kolejności wykonawcą. Jednocześnie działanie to doprowadziło do zatrzymania Uprawnionemu wadium, co pozbawiło go podstawy faktycznej i prawnej.

W art. 46 ust. 4a oraz 5 Ustawy Pzp zawarty został zamknięty katalog okoliczności, w jakich powstaje obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego.

Cechą wspólną przesłanek zatrzymania wadium wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp jest wybór oferty złożonej przez danego wykonawcę, jako najkorzystniejszej. Zamawiający zatrzymuje wadium, gdy:

- 1) wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; wykonawca jest związany przedłożoną ofertą, składając ją, akceptuje też warunki przetargowe zawarte w SIWZ, m.in. co najmniej istotne postanowienia umowy; jeżeli więc wykonawca uchyla się od zawarcia umowy, której ogólne warunki z założenia powinny mu być znane przed złożeniem oferty, szczególne zaś wyznacza sama oferta (por. art. 140 ust. 1, gdzie wyraźnie wskazano, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie), zamawiający zatrzymuje wadium;
- 2) wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy; przesłanka ta znajdzie zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy zamawiający wymaga wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy; zasady wnoszenia zabezpieczenia w odpowiedniej wysokości do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego reguluje art. 150;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium w sytuacji zawinionej przez wykonawcę niemożliwości zawarcia umowy; przy interpretacji niemożliwości świadczenia należy odwołać się do odpowiednich przepisów kodeksu cywilnego, w szczególności art. 493 § 1 przewidującego tzw. niemożliwość następczą wskutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi strona zobowiązana - zatrzymanie wadium ma w tym przypadku charakter odszkodowawczy (por. Paweł Banasik, Zatrzymanie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lex nr 105235).

W omawianym przypadku chodzi o sytuacje, w których za nie zawarcie umowy winę ponosi sam wykonawca i to na skutek okoliczności pierwotnych (powstałych przed wyborem oferty, a ujawnionych po wyborze) oraz następczych (powstałych po wyborze oferty) (por. Prawo

zamówień publicznych, komentarz pod red. Tomasza Czajkowskiego, wydanie 3, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, s. 206) Przepis, dotyczy wyłącznie przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co oznacza, że nie znajdują zastosowania przypadki niezawinionej niemożliwości, a co za tym idzie nie spowodują utraty przez niego wadium. Podobne unormowanie znaleźć można w prawie cywilnym i art. 475 § 1 k.c., który stanowi, że jeżeli świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa. Jest to związane z niemożliwością o charakterze obiektywnym i jeśli jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi wygasa ex nunc. Jeśli to zamawiający będzie się uchylał od zawarcia umowy kończącej postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zastosowanie znajdzie art. 704 k.c. stanowiący, że jeśli organizator (czyli w Ustawie Pzp zamawiający) uchyla się od zawarcia umowy, uczestnik postępowania, którego ofertę wybrano ma prawo żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody, (por. Banasik Paweł Zatrzymanie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (lex nr 105235).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że uchylanie się od zawarcia umowy, o którym mowa w art. 94 ust. 3 ustawy pzp nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy jej zawarcia lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy. W przedmiotowej sprawie taka sytuacja miała miejsce, zamawiający poczynił wszelkie kroki w celu ustalenia czy odwołujący w ogóle miał zamiar podpisać umowę.

Zamawiający wskazał na stan faktyczny przedmiotowego postępowania, w tym pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej, po którym skierował do wykonawcy dnia 22 kwietnia 2015 r. pismo ws. potwierdzenia udziału potencjału kadrowego wskazanego w ofercie. Z treści otrzymanej „enigmatycznej” odpowiedzi powziął wątpliwości, czy odwołujący będzie w stanie zmobilizować swój personel ws. potwierdzenia udziału potencjału kadrowego na dzień podpisania umowy, który jest tożsamy z rozpoczęciem świadczenia usługi. W związku ze skargą na wyrok KIO (sygn. akt KIO 730/15) oraz kontrolą uprzednią Prezesa UZP planowane podpisanie umowy zostało odłożone w czasie. Po zakończeniu tych procedur, w tym odrzuceniu skargi przez Sąd Okręgowy postanowieniem z 15 lipca 2015 r. zamawiający ponownie (29 lipca 2015 r.) skierował do odwołującego pismo ws. potwierdzenia udziału potencjału kadrowego na dzień podpisania umowy. W piśmie tym wskazał również, że planowany termin podpisania umowy na przedmiotowe zadanie to 34 tydzień br. tj. około 19 sierpnia 2015 r. Zamawiający stwierdził, że tym samym wykonawca miał 3 tygodnie na zmobilizowanie swojego personelu oraz przygotowanie gwarancji zabezpieczenia należytego

wykonania umowy, co stanowiło wystarczającą ilość czasu. 10.08.2015 odwołujący poinformował, że ze względu na przedłużającą się procedurę przetargową i okres urlopowy przekaże informacje dot. potencjału kadrowego do dnia 17.08.2015 r.

Dnia 11 sierpnia 2015 r. zamawiający zaprosił odwołującego do podpisania umowy wyznaczając termin na dzień 17 sierpnia 2015 r. z przypomnieniem o obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W piśmie z tej samej daty (11.08.) zamawiający stwierdził, że ze względu na wyznaczony termin podpisania umowy i konieczność zweryfikowania doświadczenia deklarowanego personelu, oczekuje do dnia 13.08. zakończenia procedury mobilizacji personelu kluczowego. 12.08 zwrócił się o przedłożenie umowy konsorcjalnej.

Dnia 12.08 odwołujący zwrócił się o przesunięcie terminu podpisania umowy na dzień 21.08. z uwagi na przedłużającą się procedurę przetargową oraz okresem urlopowym osób decyzyjnych oraz instytucji finansowych. Poinformował również, że oczekuje na „draft” zabezpieczenia gwarancji należytego wykonania umowy, który po otrzymaniu od firmy KUKA S.A. prześle do akceptacji zamawiającego.

Zamawiający wskazał przy tym, że projekt gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy był uzgodniony między zamawiającym a odwołującym kilka miesięcy wcześniej tj. 4 maja 2015 r.

Dnia 13.08. odwołujący wskazał personel skierowany do realizacji zamówienia.

W dniu 14.08. godz. 8.30 odwołujący przesłał drogą elektroniczną wzór gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy z prośbą o akceptację w celu przygotowania oryginału dokumentu. W odpowiedzi, o godz. 10.30 zamawiający poprosił o uzupełnienie nazwy gwaranta. Prośbę tę ponawiał w ciągu dnia. O godz. 13.40 otrzymał uzupełniony wzór, po czym o godz. 15.09 (ew. 15.10) przesłał swoje stanowisko dotyczące przesłanego projektu wyrażając nadzieję na uwzględnienie wprowadzonych zmian.

W tym samym dniu (14.08.) zamawiający odmówił wnioskowanej zmiany terminu podpisania umowy. Jednocześnie przypomniał, że 17.08. kończy ważność wniesione wadium, a nie przystąpienie w tym dniu do podpisania umowy lub nie wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy spowoduje działania określone w art. 46 ustawy pzp.

Dnia 17.08.2015 r. o godz. 8.35 drogą elektroniczną zwrócił się do wykonawcy z pytaniem, w jakiej formie zostanie wniesione zabezpieczenie należytego wykonania umowy. W odpowiedzi otrzymał draft gwarancji zabezpieczenia z uwagami pracownika KUKA, z prośbą o akceptację.

W związku niestawiennictwem w siedzibie odwołującego do podpisania umowy oraz niewniesieniem wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający skierował dnia 17.08. do odwołującego pismo, w którym poinformował, że zawarcie umowy w

sprawie przedmiotowego zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Ponadto poinformował, że zatrzymuje wadium wniesione w formie gwarancji wadialnej. Podtrzymał stanowisko, iż nie wystąpiły nowe okoliczności mające uzasadnić przesunięcie terminu zawarcia umowy. Po kolejnym piśmie odwołującego (z 18.08.2015 r.) zamawiający dnia 19.08.2015 r. podtrzymał stanowisko wyrażone w pismach z 14.08. i 17.08.2015 r. przypominając o upływie terminu związania ofertą i ważności wadium.

W tym samym dniu tj. 19.08.2015 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy pzp. Wybrał ofertę przystępującego.

Z przedstawionego toku zdarzeń zamawiający wnioskował, iż wykonawca ma trudności z pozyskaniem gwarancji należytego wykonania umowy.

W przedmiotowym stanie faktycznym, wg zamawiającego, dla uznania, iż odwołujący nie miał zamiaru zawarcia umowy jest fakt, że nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy w dowolnej dopuszczonej przepisami prawa formie. Stwierdził, że zamiar złożenia gwarancji to zbyt mało. Zabezpieczenie musi być wniesione realnie. Złożony projekt gwarancji takiego wymogu nie spełniał.

Zamawiający przypomniał, że już w maju 2015 uzgadniał z wykonawcą warunki gwarancji. Wskazał także, że odwołujący jako jego kontrahent w siedmiu innych umowach zna procedury zamawiającego, w tym dotyczące ustalania zapisów gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zdaniem zamawiającego postępowanie wykonawcy stanowiło grę na zwłokę, co stanowi uchylenie się od zawarcia umowy. Tym samym odwołujący nie dołożył podwyższonej staranności przy kontraktowaniu, która powinna przejawiać się w terminowym podjęciu działań zmierzających do uzyskania gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy bądź wniesienia zabezpieczenia w innej formie (uchwała KIO z 13 grudnia 2013 r. KIO/KD 109/13).

Zamawiający zauważył, że złożenie zabezpieczenia było oczywistym obowiązkiem wykonawcy wynikającym z siwz i nie wymagało odrębnego wezwania.

Przypomniał, że już w piśmie z 28.07.2015 r. podał przybliżony termin podpisania umowy wskazując na dzień 19.08.2015 r., co oznacza, iż odwołujący miał 3 tygodnie, a nie 6 dni, na przygotowanie wymaganych dokumentów, a także mógł przewidzieć dyspozycyjność osób umocowanych do podpisania umowy.

Wskazał, że zatrzymanie wadium wynikało ze spełnienia przesłanek ustawowych.

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Odwołujący podzielił stanowisko zamawiającego zawarte w odpowiedzi dotyczące okoliczności uchylania się od zawarcia umowy (str. 3 i 4 pisma) i stwierdził, że taka sytuacja nie miała miejsca w tym postępowaniu. Przypomniął przebieg zdarzeń w toku postępowania, w szczególności realny czas, jakim dysponował na mobilizację niezbędnego personelu oraz przygotowanie gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zauważył, że przed wyznaczonym terminem podpisania umowy przedstawił wymagany personel i potwierdził dysponowanie biurem oraz przedstawił umowę konsorcjum. Stwierdził, że wobec wniesienia poprzedniego odwołania, projekt gwarancji o treści uzgadnianej z zamawiającym w maju 2015 r. stał się bezprzedmiotowy. Przypomniął, że pismem z 29 lipca zamawiający poinformował, iż przewidywany termin zawarcia umowy to około 19 sierpnia, natomiast 11 sierpnia 2015 r. zamawiający skierował zaproszenie do podpisania umowy w dniu 17 sierpnia 2015 r. Tym samym miał do dyspozycji 6 dni na przedstawienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Treść dokumentu była uzgadniania z zamawiającym w korespondencji. Podkreślił, że zamawiający odmówił przedłużenia terminu na wnioskowany dzień 21 sierpnia. Stwierdził, że przedstawiony przebieg zdarzeń nie pozwala na uznanie, że uchylał się od zawarcia umowy ze skutkami określonymi w art. 46 ust. 5 i art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Złożył projekt treści gwarancji należytego wykonania kontraktu przesłanej przez zamawiającego dnia 14 sierpnia o godz. 15:10. Wskazał na poprzednie wersje gwarancji (załącznik do odwołania) i przypomniał, że 14 sierpnia (piątek) był ostatnim dniem roboczym przed terminem zawarcia umowy. Zauważył, że także z dokumentu złożonego przez przystępującego wynika procedura uzgadniania tekstu gwarancji. Zauważył, że zamawiający wyznaczył termin zawarcia umowy w ostatnim dniu ważności wadium, chociaż możliwe by było zawarcie umowy po upływie tego terminu i terminu związania ofertą, a termin wnioskowany przez odwołującego powinien być być uznany za odpowiedni w rozumieniu kodeksu cywilnego. Podtrzymał stanowisko, że miał wolę zawarcia umowy, na co wskazują także wcześniejsze czynności przedłużenia terminu związania ofertą, ważności wadium i uzgadniania treści gwarancji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymał argumenty zawarte w pisemnej odpowiedzi. Wskazał na profesjonalizm odwołującego, który jest wykonawcą w kilku innych analogicznych postępowaniach. Zauważył, że warunki dla zabezpieczenia niepieniężnego były określone w specyfikacji. Stwierdził, że nie ma wymagań formalnej procedury uzgadniania i akceptacji dokumentu gwarancji. Przypomniął, że termin ważności wadium upływał 17 sierpnia. Zauważył, że od dnia 15 lipca 2015 r. odwołujący wiedział o odrzuceniu skargi na wyrok KIO w poprzednim postępowaniu odwoławczym.

Przypomniał, że już 4 maja wykonawca wiedział, że zostanie z nim zawarta umowa (data zaakceptowania zabezpieczenia), najpóźniej było to 15 lipca (data postanowienia sądu), a także 29 lipca (pismo zamawiającego wyznaczające termin zawarcia umowy).

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, zauważył, że wybrany wykonawca miał wyjątkowo dużo czasu (licząc od 15 lipca) na uzyskanie koniecznych dokumentów, w szczególności gwarancji należytego wykonania umowy. Informacyjnie złożył kopie korespondencji z własnym ubezpieczycielem o możliwości uzyskania gwarancji nawet w dniu otrzymania zatwierdzonego tekstu gwarancji.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zważyła, co następuje.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu przede wszystkim naruszenie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp przez uznanie, iż Wykonawca uchyla się od zawarcia umowy i w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert oraz art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp przez uznanie, iż w spełnione zostały przesłanki do zatrzymania wadium.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego, w kwestiach najistotniejszych niespornego zamawiający rzeczywiście zastosował art. 94 ust. 3 ustawy pzp uznając, że zaistniały przesłanki do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny.

Odwołujący przedstawia argumenty mające wskazywać, że nie uchylał się od zawarcia umowy, gdyż aktywnie uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, także po dokonaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, w tym w postępowaniu odwoławczym wywołanym przez innego wykonawcę (obecnie przystępującego), a następnie podejmował czynności w celu zgromadzenia stosownych dokumentów niezbędnych do zawarcia umowy, w tym potwierdzających mobilizację personelu kluczowego i potwierdzenia uzyskania wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zakładając hipotetycznie poprawność takiej argumentacji skład orzekający zauważa, że bez wątplenia odwołujący nie wniósł do zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Stwierdzić należy, że wybór formy zabezpieczenia należy do wykonawcy, który w tym postępowaniu miał wystarczająco wiele czasu na uzyskanie zabezpieczenia w dowolnej formie. Warto wskazać, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stosownie do regulacji art. 94 ust. 1 ustawy pzp następuje w terminie nie krótszym niż 7 dnia od dnia otrzymania zawiadomienia o wyborze oferty. Ten normatywny termin służy także

umożliwieniu wykonawcy realnemu przygotowaniu się do zawarcia umowy i powinien być uznany za wystarczający. W sprawie rozpatrywanej zawiadomienie o wyborze oferty nastąpiło w dniu 31.03.2015 r. jednakże dalsze postępowanie o udzielenie zamówienia uległo znacznemu przedłużeniu z uwagi toczące się postępowanie odwoławcze i skargowe zakończone postanowieniem Sądu Okręgowego z dnia 15 lipca 2015 r. o odrzuceniu skargi, co tym samym potwierdziło ważność wyboru oferty odwołującego. Począwszy od tej daty wykonawca mógł mieć pewność, że to właśnie z nim zostanie zawarta umowa przez zamawiającego. Ten ostatni informację o planowanym terminie zawarcia umowy, przekazał pismem z dnia 29.07.2015 r., w którym wskazał, iż potencjalny planowany termin zawarcia umowy to 19.08.2015 r. („około” tej daty). W dniu 11.08.2015 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego zaproszenie do zawarcia umowy na konkretny dzień 17.08.2015 r.

W świetle przedstawionego stanu faktycznego trudno uznać za poprawną argumentację odwołującego, że zamawiający kierowany złą wolą wyznacza zbyt krótki, bo sześciodniowy termin na zawarcie umowy i utrudnia wykonawcy uzyskanie prawidłowego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W rzeczywistości termin ten był znacząco dłuższy, zarówno gdy liczyć go zgodnie z ustawą od dnia 31 marca 2015 r., czy w realiach niniejszego postępowania, od dnia 15 lipca 2015 r., czy też od dnia 29 lipca 2015 r. Niezależnie od deklarowanej przez wykonawcę woli zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oczywiste jest, że w dniu wyznaczonym jako termin zawarcia umowy wykonawca nie złożył zabezpieczenia należytego wykonania umowy, niezależnie od faktu, iż nie zgłosił się na zaproszenie zamawiającego w celu podpisania umowy.

Należy także zauważyć, że obowiązek złożenia zabezpieczenia oraz wybór formy zabezpieczenia leży po stronie wykonawcy. Fakt, iż przy wyborze niepieniężnej formy zabezpieczenia w praktyce stosuje się uzgodnienia między zamawiającym i wykonawcą co do treści dokumentu potwierdzającego udzielenie zabezpieczenia, nie zmienia tej okoliczności. Trudno przy tym przypisywać złą wolę zamawiającemu, który w ciągu jednego dnia tj. 14 sierpnia 2015 r. przedstawiał swoje uwagi do projektu gwarancji zabezpieczenia. Wydaje się, że raczej odwołujący nie mając ku temu podstaw prawnych sądził, że sam projekt (nazwany w pismach draftem) dokumentu będzie uznany za spełniający wymogi dokumentu docelowego. Niewątpliwie zatem wykonawca nie złożył wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Jak słusznie zauważa odwołujący w art. 46 ust. 4a oraz 5 Ustawy Pzp zawarty został zamknięty katalog okoliczności, w jakich powstaje obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego.

Cechą wspólną przesłanek zatrzymania wadium wymienionych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp jest wybór oferty złożonej przez danego wykonawcę, jako najkorzystniejszej. Zamawiający zatrzymuje wadium, gdy:

1) wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Przedstawione wcześniej okoliczności prowadzą do jednoznacznego wniosku, że z wymienionych w przepisie art. 46 ustawy pzp przesłanek zatrzymania wadium zachodzi przesłanka druga tj. wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jest to zdarzenie pewne i wystarczające do uznania poprawności działania zamawiającego w postaci zatrzymania wadium.

Dokładnie ta sama okoliczność faktyczna tj. brak wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest przesłanką wystarczającą do zastosowania procedury z art. 94 ust. 3 ustawy pzp. Zamawiający prawidłowo zastosował przepis i dokonał wyboru spośród pozostałych ofert.

W świetle dokonanych ustaleń i ocen, orzeczono jak w sentencji uznając, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w rozpatrywanym odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....